Dissertationum Germanicarum

Tom. XII.

Varii Argumenti

P. IV.

Elenchus auctorum

I. Hommelii | Jo. Friderici. | De eo, quod directo non licet, licet tamen per indirectum. Lipsiae. 1747.

II. Wildvogelii | Christiani. | de eo, quod pendet, seu quod est in suspenso. Jenae. 1744.

III. Linckij | Henrici. | de Manu propria. Jenae. 1750.

IV. Redslobij | Jo. Caroli Christiani. | Observationes de fructu, et effectu negotij inutilis nullius et imperfecti ad L. 34. pr. ff. de Legat. 1. Vitembergae. 1750.

V. Schneider | Casparis Danielis. | de Omissione. Jenae. 1675.

VI. Olenschlager | Jo. Danielis. | Septuagenarius absens-factus quando mortuus praesumatur. Lipsiae 1751.

VII. Rudolphi | Christiani Davidis | De Jure Pedum. Lipsiae. 1744.

VIII. Linck | Hieronymi Lii. | De Jure declarationis. Norimbergae. 1746.

IX. Langij | Jo. Friderici. | De Censibus mora crescentibus, cum Programmate Georgij Henr. Ayreri, de Censu legali. | Gottingae. 1747.

X. de Montguyon | Bartholo. Jo. Sperlette. | De prae=
=sumptione furoris atque dementiae. Halae —
Magdeburgicae. 1751.

XI. Nis | Joan. | De duobus circa idem factum Concur=
=rentibus. Halae Magdeburgicae. 1748.

XII. Timmen | Erasmi Christiani | De petitionibus Bo=
=norum Fisco delatorum. Vitembergae. 1748.

IO. FRID. HOMMELII, A. M.
LIPS.

DE EO QVOD DIRECTO NON LICET, LICET TAMEN PER INDIRECTVM,

IN
ACADEMIA PATRIA
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
OBTINENDI,
D. XII. APRIL. ANNO MDCCIII.
ERVDITORVM EXAMINI SVBMISSA.

EDITIO SECVNDA.

LIPSIAE,
APVD IO. CHRISTIAN. LANGENHEMIVM,
MDCCXLVII.

PRAEFAMEN.

Inuenta lege, inueniuntur fraudes, tritum habetur prouerbium. Quot enim fere leges libertatem alterius certis circumſcribunt limitibus, tot quoque fraudes ac circumuentiones illas ad eludendas excogitantur. Paucis multa comprehendo, nec vllum hac de re ambigere credo, niſi quem omnis inter homines verſandi deſtituat occaſio, aut hiſtoriarum euoluendi memorias. Sic fraudibus plenum hoc erat Rhodiorum facinus, qui nefas quod eſſet tropaea tollere, tropaeum ab Artemiſia in ipſorum contumeliam erectum aedificio texerunt. Similis fraudis arguitur ille apud QVINTILIANVM *declam. 264.* qui, cum lege Voconia, prout ille habet, cautum eſſet, ne liceat mulieri, niſi dimidiam bonorum partem dare, duas mu-

lieres dimidiis partibus heredes instituit; Parili etiam modo fraudis arguitur Licinius Stolo apud VALER. MAX. *Lib. 8. cap. 6.* qui cum lege egregia cautum esset, ne quis amplius quam quingenta agri iugera possideret, ille autem mille iugerum haberet, filium suum propterea emancipauit, atque dimidium de illis tradidit. vid. PVFEND. *de Iur. Nat. et Gent. L. 5. cap. 12. §. 18.* Hinc etiam deinde factum videmus, quod fraudes istae inuentae permultis nouis legibus originem dederint, inter quas non immerito referendae sunt *l. 4. 5. et 10. C. Theod. de Tiron.* quibus in Murcos, h. e. illos animaduertitur, qui ad declinandum a se militiae onus digitos sibi amputarunt: Huius enim furfuris nequitiosos extitisse, testis est CHIRIVS FORTVNATIANVS, qui decem militum tempore belli pollices sibi amputantium mentionem facit; et SVETONIVS Parentes quosdam annotans, qui, delectu per bellum indicto, filios suos debilitarunt, *in August. c. 24.* vid. IAC. GOTTOFR. *ad l. 5. C. Theod. de Tiron.* Imo ipse relatum audiui, quod ante aliquot menses quidam homuncio Greiffenbergae, in Silesia sitae, metu militiae quatuor sibi absciderit digitos, praestare ratus, vnam manum mutilare, quam totum corpus periculo mortis exponere. His legibus quoque annumerandae *l. 38. ff. de contr. emt. vend. et l. 54. ff. de Oblig. et Act.* quae simulatas venditiones interdicunt et pro nullis declarant. Haud

enim

enim ignotas eiusmodi venditiones fuisse, exemplum Corinthiorum demonstrat, qui, cum Atheniensibus naues donare prohiberentur, singulas quinis drachmis vendidere, vti ex HERODOTO recenset PVFEND. *d. l.* Imo pluribus inuentis fraudibus obuiarunt *l. 4. §. 2. ff. de his qui not. inf. l. 8. §. 20. ff. de trans-act. 76. et 79. §. 4. ff. de Condit. et demonst. l. 26. C. de vsur. l. 20. C. de donat. inter vir. et vx. l. f. C. si mancip. it. venier. l. 7. in f. C. de natur. lib.* Et cum per imbecillitatem humanam omnes fraudes praeuidere minime liceat, generali praeceptione BONIFACIVS IIX. PAPA iisdem occurrere voluit in *cap. cum quid vna 84. de R. I. in 6to*, ex quo DDum nata fuit regula, quod scilicet *per indirectum* non debeat admitti, quod *directo* non licet, ad quam toties prouocant, quoties, ne in fraudem legis quid committatur impedire student, vid. BARTOL. *et* DD. *in L. 27. ad l. Falcid.* IAC. SCHVLZ. *ad* MATT. COLER. *p. 1. Dec. 122. num. 16.* BERL. *dec. 297. n. 22.* CARPZ. *l. 3. Resp. 45. n. 9. et L. 1. Dec. 52. n. 10.* Sicut autem certissimum est DDres fraudibus tantum praedicta regula obicem ponere voluisse; ita sua sponte fluit, cessantibus illis *per indirectum* quandoque admitti, quod *directo* prohibetur. Et idem hoc est, quod de Exercitio inaugurali meditatus disquisitione dignum iudicaui, quibus inceptis meis vt exoptatus respondeat finis, preces ad propitium Numen effundo ardentissimas.

§. I.

Quod ALEX. RAVDENS. *vol. 2. Resp. 39. n. 57.* de dictione dubia, obscura et amphibologica effatus fuit, legibus scilicet illam esse inuisam, id quoque mihi praesentem conscribenti disputationem dictum puto, siquidem in themate proposito diuersas vocum acceptiones animaduerto, quarum ambiguitas, errorum vtpote genetrix, perfacile lecturo posset imponere. Proinde non incongruum fore credo, si nomina, quorum appellatione res significantur *l. 4. de ff. V. S.* prius excutiam, quam de rebus, quibus nomina consequentia esse studendum est *ß. 3. I. de Donat.* sermonem instituam.

§. II.

Tria vero potissimum hic occurrunt vocabula, quorum significationem eruere operae erit pretium. Et primo quidem inquirendum erit in vim et naturam vocis *Directo.* Relicto autem significatu grammatico Philosophis, quos inter CICERO efficaciam vocabuli haud obscure exprimit, nomen istud *Directo*, per verba: Sicut natura ipsa tulit explicando, *in part. orat. n. 24.* videbimus solum, quomodo in Iure nostro Ciuili hoc vocabulum accipiatur. Videre autem licet, quod istud cum suo Adiectiuo plerumque idem sit, ac quod principaliter existit et per se constat, ita vt aliunde non adiuuetur seu ab alio dependeat *ß. 2. I. de sing. reb. per Fideicom. rel. ß. 5. I. de nox. act.* Ita in hoc sensu non tantum dicitur de heredis institutione, *l. 19. in pr. ff. de Test. mil.* et eius substitutione, *l. 5. C. de Impub. et al. substit.* sed etiam de libertate in vltimis voluntatibus relicta *l. 4. C. de Testam. manum.* vbi et institutio et substitutio et libertas alia est *directa*, alia vero *precaria* seu fideicommissaria. Illa talis

lis nuncupatur ob verba *directa*, quibus testator in hereditate, vel libertate relinquenda vtitur. Sunt autem verba directa ea, quae in ipsam personam, quae hereditatem debet consequi immediate tendunt, qualia sunt: heredem instituo, heres meus esto, do, lego, capiat etc. et huius sunt effectus, vt alterius ministerium non requirant, sed id, quod hoc modo alicui relictum est, statim in eum transferant. Haec vero talis audit ob verba precaria, quae a testatore in vltimo suo elogio sunt adhibita. Quae sunt, quando testator heredem suum rogat, vt post aditam hereditatem id, quod ex ea relictum est, alii restituat. Quo faciunt verba: rogo, peto, volo, mando, fideicommitto etc. §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideicom.* quorum natura in eo consistit, vt sine alterius facto nihil in alterum transferatur, sed omne a fide eius, qui rogatus fuit, dependeat. Sic vlterius in eodem sensu praedicatur etiam de actionibus *l. 3. §. 4. ff. Commod. l. 84. ff. pro soc. l. 26. §. 2. ff. de nox. act.* quatenus scilicet actio *directa* contradistinguitur partim actioni *contrariae l. 17. §. 1. et l. 18. §. 4. ff. Commod. l. 16. §. 1. ff. de pign. act. §. 2. de poena tem. litig.* partim actioni *vtili l. vn. §. 5. C. de Rei vx. act. l. 18. C. de legat.* Est autem actio *directa* in oppositione ad *contrariam*, quae ex contractu bilaterali datur ei, ad quem res principaliter pertinet, vti actio commodati, negotiorum gestorum, tutelae etc. *directa*: in oppositione vero ad actionem *vtilem*, quae principaliter ex ipsis verbis legis descendit, vt rei vindicatio, actio L. Aquiliae etc. *directa*. E contra actio contraria est, quae ex eodem contractu bilaterali competit ei, qui alterum ex postfacto, et quando sibi occasione istius contractus aliquid ex suo patrimonio abest, habet obligatum, vti actio commodati, neg. gest. tutelae etc. contraria. Actio autem vtilis est,

quae

quae ex benigna legis interpretatione contra rigorem iuris competit, v. g. rei vindicatio, actio L. Aquiliae etc. vtilis *l. 2. ff. quand. ex fact. tut. l. 11. ſ. 10. ff. ad L. Aquil. l. 13. in pr. ff. eod.* vtut autem haec acceptio vocabuli *Directo* in Iure noſtro haud infrequens ſit, nobis tamen hic idem eſt ac *regulariter iuxta diſpoſitionem legis, quam in caſu nobis ſeſe offerente coram habemus.* Et haec de primi vocabuli ſignificatione dicenda fuere.

§. III.

Iam alterum in rubrica extans vocabulum nimirum *Licet* excutiendum venit. Reperitur autem illud duabus vicibus in Diſſertationis noſtrae inſcriptione, vna quidem vice cum particula negatiua *non;* altera vero vice ſine ea. Quando igitur dicta negationis particula verbo licere adiacet, tunc in iure noſtro Ciuili idem eſt, ac prohibitum, vel non permiſſum eſſe, quo ſenſu occurrit in *rubr. et pr. I. quib. ex cauſ. manum. non licet. l. 3. ff. de reb. cred. et l. 17. C. de nupt.* quando autem ſine hac particula ponitur, tunc accipitur pro τῷ permiſſum, nunquam vero pro τῷ praeceptum eſſe *arg. l. 144. ff. de R. I.* exempla habentur in *rubr. et ſ. 1. I. quibus alien. licet vel non l. 16. ſ. 4. ff. de Minor. l. 3. C. de dot. caut. non numer.* quam acceptionem et noſtram facimus non attendentes, quomodo a Moraliſtis hoc vocabulum *Licet* accipiatur, id quod tamen ex HVG. GROT. *de I. B. et P. L. 3. c. 4. ſ. 2.* et PVFEND. *de I. N. L. 1. c. 7. ſ. 2.* peti poteſt.

§. IV.

Tertium denique noſtrae rubricae vocabulum nempe τὸ *per indirectum* explicandum reſtat. De huius autem ſignificatione tanto minus erimus ſolliciti, quanto magis verum, quod oppoſita iuxta ſe poſita magis eluceſcant, *l. un. ſ. 2. C. de Caduc. toll.* et ex oppoſitione terminorum

vocum

vocum significationes eo melius appareant, teste TREVTL. *vol. I. Disp. 2. th. 1. lit. A.* siquidem exposita *Directi* natura, non potest non constare de significatu vocis *per indirectum*. Interim hoc notandum venit, *indirectum* esse nihil aliud, quam *quod per obliquum tendit, adeoque alio remedio ad scopum fertur*, germanice: Wenn man andere Wege sucht, und also krumm herum kommt. Tali autem modo τὸ *per indirectum* non est confundendum cum τῷ *per Consequentiam*. Licet enim hoc τῷ *directo* opponatur, vti videre est ex *l. 1. §. 3. ff. de Iniur.* nihil tamen aliud denotat, quam mediate et illatiue. Ita v. g. in Dominio attenditur *directo* et principaliter proprietas, *per consequentiam* vero etiam fructuum perceptio *l. 25. in pr. ff. de vsur.* quod autem *per indirectum* fieri minus recte diceretur.

§. V.

Enodatis Tituli nostri vocibus, definitiua nunc est ferenda sententia, qua totius propositionis sensus eo facilius innotescat. Quando igitur *per indirectum* licere dicimus, quod *directo* non licet, hoc volumus, *vt, quod regulariter est prohibitum, permissum sit alio remedio adhibito*, siue *quod vna via prohibetur, alia tamen admittatur.*

§. VI.

Dum autem in declaratione nostra, vicem definitionis sustinente, vocabulum *regulariter* τῷ *directo* substituimus, palam est, quod haec vocabula nobis hic accipiantur synonymice. Hinc exinde simul et istud sequitur, quod τὸ regulariter in hac nostra materia ei, quod irregulariter contingit, contradistingui nequeat, prout alias haec acceptio Moralistis frequens est, qui permissionem *per indirectum* ad casus necessitatis legem certe non habentis trahunt. Ita namque multa, quae alias *per se et regulariter*

interdicta sunt, extrema necessitate, quatenus communi et graui opponitur a STRVV. in *Disp. de Facult. vtendi rebus alterius in casu vrgentiss. necess. th. 2. n. 3. per indirectum et irregulariter* siue per modum exceptionis a regula procedunt, cuius rei Exempla quam plurima nobis GROTIVS suppeditat *l. 2. c. 2. §. 6. et l. 3. c. 1. §. 4.* Ita licet bona alterius, quamuis inuiti vrgente vltima necessitate, *per indirectum* tanquam communia vsurpare et eripere: Inuasorem violentum, seruato moderamine inculpatae tutelae, citra poenae metum occidere: Alterius aedes, ad liberandum proprias ab incendio, diruere: illum, cuius res imminente naufragio saluae fuerunt seruatae, ad damna alterius resarcienda adstringere. Sic etiam licet plus accipere, si tantundem accipi non potest, sub obligatione tamen restituendi pretium eius, quod superest. Nauis etiam piratis plena aut domus latronibus tormentis peti potest, etiamsi intra eandem nauim vel domum sint pauci infantes, mulieres aut alioqui innocentes, quibus inde creetur periculum. Plures alios casus subministrat PVFEND. *c. l. L. 2. c. 6. §. 4.* ad quem cupidum Lectorem remittimus, qui tamen omnes eo tendunt, vt, quod ordinarie non sit permissum, permitti tamen debeat extra ordinem, in casu summae alicuius necessitatis.

§. VII.

Quemadmodum autem ex praecedenti §. liquet, quod haec vocabula *Directo et Regulariter* nobis hic idem significent: ita et hoc simul ex eo videre est, quod e contra *τὸ per indirectum* in hac nostra materia per *τὸ irregulariter* exponi nequeat. Nam quod hunc significatum attinet, eum hic penitus remouemus, et, vti ex §. IV. supra constat, hanc locutionem *per indirectum*, tantum *per aliud Iuris remedium* interpretamur, ita, vt, si istud adhibeatur,

tur, id, quod antea regulariter erat prohibitum, nunc ſit permiſſum.

§. VIII.

Quandoquidem autem vbique legum autoritate innitimur, nihil commercii cum illis cauillationibus habemus, quibus leges, ſaluis earum verbis, circumueniuntur *l. 29. ff. de LL.* quod adeo frequens malum eſt, vt, ſimul atque lex promulgatur, ſtatim fraus inueniatur, lege in ludibrium verſa. Vti autem hominum vafrities non eſt vniformis, ſed in varias abit ſpecies: ita etiam eadem multos excogitauit modos, quibus fraus fieri poteſt legibus. Id quod communiter tribus ſolet modis contingere, nempe 1) de perſona ad perſonam. 2) de re ad rem et 3) de contractu ad contractum; Illud fit, cum quis ad ea agenda, quae ipſe propter legis prohibitionem agere nequit, aliam ſupponit perſonam. Ita Iudex, qui δωροφάγος eſſe in *l. 3. ff. de Leg. Iul. repetund.* prohibetur, in fraudem legis facit, ſi dona vxori ſuae dare iubeat, *l. 5. §. 13. ff. de donat. inter Vir. et Vxor.* Iſtud autem euenit, quando res vetita commutatur in aliam. Hoc modo fraus Scto Maced. adhibetur, cum loco mutuae pecuniae alia res, puta frumentum, vinum, oleum etc. filiof. datur, vt hac diſtracta vti debeat pecunia *l. 7. §. 3. ff. de SCto Maced.* Hoc denique accidit, cum verus contractus, qui re ipſa celebratus eſt, ſupprimitur, et alius exprimitur. Sic itidem praedicto SCto Maced. fraus excogitatur, quando filiof., cui mutua credi non poteſt pecunia, magis venditur, vt ille rei pretium habeat in mutui vicem *l. 3. §. 3. ff. d. t.* Hos autem atque ſimiles modos, quibus fraus fieri poteſt legibus, merito reiicimus, cum turpius ſit fraude honeſta circumuenire, aut laedere, quam vi aperta (ſunt verba magnanimi apud THVCYDIDEM Braſidae) t. BERNEG-

GERO *obs.* 24. et totius iniustitiae nulla capitalior sit, quam eorum, qui tunc, dum maxime fallunt, id agunt, vt viri boni esse videantur, vti non inepte inquit CICERO *de offic. L. 1. c. 13.*

§. IX.

Sed quid de nostro, de quo hic agimus, remedio? num et illud ita comparatum est, vt salua conscientia contra legem prohibentem eo quis vti possit? Ad hanc quaestionem antequam respondeatur, in mentem reuocanda sunt ea, quae §. VII. et IIX attulimus, videlicet, minime nos intendere tale remedium, quo vel alterius ius dolo malo violatur, vel in fraudem legis quid committitur: sed quod expressa alius legis dispositio, vel iusta eiusdem interpretatio adiuuat. Fundatur enim hoc solum in solertia versandi circa leges earumque applicationem ita, vt, quod rigorose nimis prohibitum est, per tempestiuam alterius iuris vsurpationem aliquo modo reddatur licitum, vel nimis indultum aliquatenus restringatur. His ita praesuppositis nulla dubitandi ratio superest, quin propositam quaestionem affirmemus. Nec ratione decidendi, nec exemplis in ipsis legibus expressis destituimur. Cum enim remedium hoc legum ciuilium autoritate nitatur, consequens est, quod is, qui eas attendit, iure meritoque ciuiliter iustus dici possit. Siquidem quod lege permittente fit, illud recte et bene fieri dicitur *l. 17. §. 12. verb. quia id facit. ff. de Aedilit. Edict.* in tantum, vt nec alteri iniuriam quis faciat, *l. 55. et l. 151. ff. d. R. I.* nec poenam mereatur *l. 4. C. ad L. Iul. de Adult.* siquidem legis autoritate peccat. BALD. in *L. decuriones 5. in f. C. ex quibus caus. inf. irrogatur.* Exempla vero quod concernit, instar omnium *lex 19. §. 3. ff. de neg. gest.* esse potest, vbi sequens casus continetur: *Titius, qui absente Meuio, eius*

gessit

gessit negotia, imprudens rem eius emit, antequam autem illam vsucapit, cognoscit, rem esse Meuii, quare bona fides exigit, vt istam rem rationibus suis inferat et Domino restituat, ni actione neg. gest. pulsari velit. Sed hac ratione aduersus venditorem suum directo non potest de euictione agere, quid ergo consilii? lex haec dicit, quod Titio *per indirectum* possit succurri, modo aliquem subornet, qui ab eo istam rem nomine Meuii vindicet, sic enim declinaret actionem neg. gest. et cum venditore suo posset de euictione agere.

§. X.

Iis autem, quae hactenus asseruimus, multa obstare uidentur, quae primo intuitu eius roboris esse, reputantur, vt in contrariam sententiam facile quis trahi posset. Verum enim vero, quemadmodum is, qui cum legis textu nauigat, securus nauigare dicitur; Ita, dum nostrum remedium legibus suffultum praesupposuimus, nihil metuere necesse habemus, sed robur istud putatiuum ex se ipso vt concidat, fore, confidimus.

§. XI.

Primum autem, quod nostrae sententiae omnium grauissime sese opponit, est *cap. cum quid vna 84. de R. I. in 6to.* Vbi haec verba leguntur: *Cum quid vna via prohibetur, ad id alia via non debet admitti,* quod exemplo declaratur in *l. 21. §. 1. ff. de Tut. et curat.* Directis verbis hic Textus nostrae sententiae obstare videtur, maxime cum per dicti cap. contrarium, nostrum assertum in §. V. fuerit explicatum. Tantum autem abest, vt Textus iste cum aliis omnibus, quotquot sint, reuera nobis aduersetur, vt potius ibi regulam, hic vero in nostro themate exceptionem tradi statuamus, cuius fundamentum hisce

duabus regulis includimus, quae, si probe fuerint obseruatae, totam rem conficient.

Prima igitur est: *Quoties ratio prohibitionis in Directo penitus cessat: toties per indirectum licite agitur.* Cessante enim ratione, ipsa legis dispositio cessat *l. 13. ff. de Adopt. l. 32. ff. de Pact. l. f. ff. ad SCtum Syllan.* quod pluribus habet BARBOSA *L. 3. c. 13. ax. 31.* Penitus autem vt ratio prohibitiua cesset, requiritur, hinc vna vel altera ratione cessante, non statim ipsa dispositio cessat, sed nihilominus subsistit *§. 6. I. de nupt. L. 83. ff. de hered. inst. l. 11. §. 4. ff. de his qui not. inf. l. 18. ff. de Except. rei iud.* vide BERL. *Dec. 297. n. 36.* et BRVNN. *ad d. cap. 84.*

Altera est: *Quoties via per indirectum aeque legibus fundata est, ac via directi: toties per indirectum admittitur, quod alias directo non licet.* Hac enim ratione ipsae leges subditis arbitrium hanc vel illam viam eligendi concedunt, quo dum vtuntur, in nullam legem prohibentem committunt.

§. XII.

Ast posset hic quis excipere, d. cap. nullam admittere exceptionem, quippe quod generaliter suam regulam formauit: quae autem generaliter sunt dicta, generaliter etiam sunt accipienda; et lege non distinguente, nec nostrum est distinguere, ceu patet ex *l. 32. pr. ff. de recept. arbitr. l. 3. in f. ff. de off. Praef. l. 2. §. 1. ff. de iudic. l. 7. ff. de postulando. l. 4. ff. si ingenuus esse dic.* Verum facilis ad hoc est responsio, scilicet, quod non solum lege contineri et approbari dicatur, quod verbis legis exprimitur; sed et illud, quod sententia et mente legis per certam rationem indicatur et eruitur *l. 6. ff. de V. S. l. 12. l. 17. 19. et 30. ff. de LL.* Ratio autem, quae legis anima *l. 7. pr. ff.* de

de bon. damn. imo ipſa lex eſt *can. 5. diſtinct. 1.* ius, quod deeſt, procul dubio ſupplet *l. 13. ſ. 3. ff. de Excuſat.*

§. XIII.

Secundum, quod nobis refragatur, eſt *lex 144. in pr. ff. de R. I.* vbi dicitur: *Non omne, quod licet, eſt honeſtum.* Quae verba, ſicut per ſe ſunt clara, ita etiam multo magis noſtram ſententiam ferire videntur. Verum enim vero, ſi mentem ICTI PAVLI penitius inſpicimus, videmus, quod ille non ad iuſtitiam externam, ſed internam reſpexerit, ita, vt per vocabulum honeſti id, quod ex omni parte iuſtum eſt, et nullo prorſus vitio laborat, intellexerit. In qua ſententia nos confirmant LIBRI BASILICORVM, qui vocem honeſti non tantum in hac, ſed etiam in *l. 197. ff. de R. I.* reddiderunt per τὸ εὐπρεπὲς, quod bene decorum, id eſt, iuſtitiae internae conueniens ſignificat. Senſus igitur dictae legis eſt, quod non omnia, quae in legibus ciuilibus ſunt permiſſa, verae et internae iuſtitiae amuſſi reſpondeant, ſed quod multa ab ea deflectant, quae tamen in foro ſoli propter corruptam hominum indolem, inuito quaſi legislatore, permittantur, cum omnia mala praeuidere et iisdem praecauere magis Diuinitatis ſit, quam mortalitatis. Hoc ſenſu bene percepto palam eſt, quod adducta lex obſtans minime nobis obſtet; Siquidem diſtinguendum eſt inter honeſtatem intrinſecam et extrinſecam. Etenim licet haec *per indirectum* remedia non ſint honeſta intrinſecus, i. e., iuſtitiae internae quam exactiſſime non conformia, ſunt tamen honeſta extrinſecus, quatenus iuſtitiae externae non repugnant, imo legis diſpoſitione adiuuantur.

§. XIV.

Tertium denique, quod opinioni noſtrae contrariatur, eſt ſecundum Iuris praeceptum: *Nemo eſt laedendus,*

ſ. 3.

§. 3. Inst. de I. et de I. Quod nullus hominum alterum in suis bonis, vt alia taceamus, laedere debeat, sane ipsa sana nos docet ratio. Natura enim cognationem quandam inter homines constituit, vi cuius homo homini non insidiari, sed amore eum prosequi, eiusque commodum, quantum fieri potest, promouere debet, *l. 3. ff. eod.* Nostra autem *per indirectum* remedia ad laesionem alteri inferendam quod tendant, e multis exemplis posse colligi. Ast, vtut hoc praeceptum tam verum sit, vt, qui illud negare audeat, cerebrum suum in calcaneo gerere videatur: quin tamen cum quodam temperamento sit accipiendum, nemo dubitabit. Nam sicut is, qui ex defensione sui, si illa aliter fieri nequit, alterum laedit, in hoc praeceptum non impingit, *d. l. 3. ff. de I. et I.* ita nec is, qui in re sua subsistit, et vtilitatem suam promouet, licet alter iste sentiat incommodum, *l. 24. §. f. et l. 26. ff. de damn. inf.* Ea propter hic distinguendum putamus inter laesionem materialiter et formaliter acceptam. Illa contingit sine: Haec vero cum dolo vel culpa: Si itaque ex remediis nostris *per indirectum* aliqua laesio resultat, illa non ex effectu, sed ex affectu erit iudicanda. Nam ex mente PAVLI ille alterum laedit, qui facit id, quod facere ius non habet *l. 151. ff. de R. I.*

§. XV.

His ita praemissis, animus nunc est, casus eiusmodi adiicere, vbi *per indirectum* permittitur quod *directo* est prohibitum. Sicuti autem isti casus diuersi sunt, adeo, vt alii *commodum quoddam acquirendum*, alii vero *damnum euitandum* respiciant, singulari autem vel in *Iure Personarum*, vel *Rerum*, vel *Actionum* obueniant, ita quoque secundum tria haec obiecta Iuris, exempla hinc inde alias dispersa exhibebimus.

§. XVI.

§. XVI.

Et quidem si in *iure Personarum ea*, quae *in acquirendo per indirectum* consistunt, euoluimus, statim sese nobis offert Patria Potestas, cuius inter caeteros effectus est, quod filiusfam. *directo* testari nequeat, *l. 6. ff. qui test. fac. poss.* licet Pater consentiat filiofam. etiam de peculio aduentitio irregulari testanti *l. pen. C. d. t.* aut clausula codicillaris apposita sit. *l. 6. §. 3. ff. de Iur. codicill.* Siquidem solum peculium castrense vel quasi hoc gaudet priuilegio, vt filiusf. pro lubitu de eo queat disponere, *pr. I. quib. non est perm. fac. test.* Quod si autem filiusf. alteri bene cupiens in euentum mortis quicquam ipsi relinquere vellet, *per indirectum* eundem impetrabit effectum, si patris consensu accedente in peculio profectitio et aduentitio regulari, et sine eius consensu in aduentitio irregulari *Nou. 117. c. 1.* mortis causa aliquid ipsi donet, quippe quae via omnino est fundata in *l. 7. §. 4. ff. de donat. l. 25. §. 1. ff. de Mort. caus. donat.* Et quamuis negandum non sit, actus hosce valde a se inuicem distare, cum donatio mortis causa fiat per conuentionem et acceptationem *l. 38. ff. h. t.* heredis autem institutio et legata sine ea; nihilominus tamen in effectu coincidunt, ita, vt is, cui filiusfam. aliquid relinquere gestiit, eo re ipsa potiri possit.

§. XVII.

In Patriae potestatis materia versantibus aliud exemplum nobis occurrit in Patre suo filiofam. fundum aliamue rem donante. *Directo* enim Pater filiof. dare potest *l. 1. §. 1. ff. pro donat.* nisi de Iure Sax. quoad res mobiles, CARPZOV. *P. II. const. 12. def. 22.* idque propter unitatem, qua Pater et filius pro vna habentur persona, *l. 11. C. de impub. et aliis subst. l. 16. ff. de furt.* *Per indirectum* tamen et alia via Pater filio suo cum effectu donabit, si vel

 morte

morte donationem confirmet, *l. 25. C. de donat. inter Vir. et Vxor.* vel eo tempore, quo filius emancipatur, taceat et res antea donatas non repetat, *l. 17. C. de donat.* vel etiam si vsuifructui in peculio aduentitio sibi competenti renunciet, eumque remittat *l. 6. §. 2. C. de bonis, quae lib.* Quamuis nonnulli Doctores hanc remissionem pro formali donatione non agnoscant, cum Patrem hic nihil de suo donare, sed lucro tantum legali renunciare, nec istud velle acquirere dicant *arg. l. 5. §. 13. ff. de donat. inter Vir. et Vxor. l. pen. C. de Pact.* BRVNNEM. *Exc. 9. ad Inst. Tit. per quas person. cuique §. 1.* CARPZOV. *P. 2. const. 10. def. 12.*

§. XIIX.

Hactenus Patriae Potestatis effectus obstitit, quo minus tam Patri, quam filiof. *directo* illud suscipere licuit, quod *alia* tamen *via* fuit permissum. Iam quoque videndum, vbi propter defectum Patriae potestatis *directo* aliquid vetatur, quod nihilominus *per indirectum* admittitur. Exempli loco erit mater, quae *directo* liberis testamento tutores dare nequit, cum *LL. XII. Tab.* patri tantum vi patriae potestatis hoc sit permissum, *§. 3. I. de Tut. l. 1. pr. ff. de test. Tut. l. 40. ff. de adm. Tut. per indirectum* tamen de hoc quoque effectu participat, si liberos heredes scribat *l. 4. ff. de Test. tut.* et quidem vltra legitimam BRVNNEM. *ad l. 4. ff. et C. de Test. tut.* HOPP. in *Comment. ad Inst. t. de tut. §. 3.* Alias enim in arbitrio Iudicis erit, an Tutorem datum confirmare velit, nec ne *l. 4. C. eod.* VNGEB. in *Exerc. Iustin. 4. th. 3.*

§. XIX.

Idem quoque Patriae potestatis defectus impedit, quominus mater impuberibus pupillariter substituere queat, *pr. I. de pupil. subst. l. 2. verb. quod sic erit accip. ff. de Vulg.*

Vulg. et Pup. subst. et arg. §. 10. I. de Adopt. Quod nec Iure hodierno mutatum, prout testatur CARPZOV. *P. III. Const. 8. def. 16.* non obstante, quod statutis nonnullorum locorum aliud obtineat, vigore quorum etiam matri quaedam pupillaris substitutio concessa. Quorsum pertinet *Reformatio Francofurt. P. IV. Tit. 4. §. 5.* vbi matri permittitur liberis pupillariter substituere, quamuis hoc iis tantum in bonis, quae ab ipsa proficiscuntur, non etiam in aliis obtineat. *et Reformat. Noric. T. 30. L. 2. §. 5.* vbi valet substitutio pupillaris, a matre liberis vel nepotibus facta, sed itidem non nisi in bonis substituentis. WVRFFBAIN. *de Differ. Iur. Ciu. et Reform. Nor. Class. 1. th. 26.* DN. RITTER. *in Disp. de substit. pupill. vltr. an. pubert. facta th. 6. Per indirectum* tamen poterit mater pupillarem substitutionem facere, si 1) clausulam codicillarem suo testamento apponi curet. Tunc enim in vicem fideicommissi valet, *l. 76. ff. ad SCtum Trebell.* DN. RITTER. *in d. Disp. l. c.* CARPZOV. *P. III. Const. 8. def. 17.* et 2) Si liberos impuberes tum demum, cum ad annum decimum quartum peruenerint, heredes instituat, et si moriantur, antequam ad eam aetatem perueniant, eis alium substituat. Hoc enim modo substitutio valida est per textum *l. 33. ff. de Vulg. et Pupill. substit.* et quidem propterea, quod haec substitutio in se considerata potius sit vulgaris, quam pupillaris. CVIAC. *in d. l. 33.* A. GERHARD. *in Disp. 4. th. 46. de testam.* Et quamuis hoc videatur sublatum per *l. 36. §. 1. C. de inoff. Test.* quando tamen in fauorem liberorum istud tendit, huc vsque obseruatur, prout *Scab. Lips. et Viteb.* in pronunc. hoc ipsum fuere secuti test. BERL. *Dec. III.*

§. XX.

Deprompta fuerunt ante allata exempla ex materia Patriae poteſtatis. Cum autem Patria poteſtate, per mortem Patris ſoluta, liberis impuberibus Tutores conſtituantur. Hinc quoque in tutelae tractatione; quid per *indirectum* liceat, videbimus. Hic autem nobis occurrit exemplum Tutoris, qui *directo* autor in rem ſuam fieri haud poteſt *l. 1. pr. et l. 5. pr. ff. de aut. tut.* quod tamen *per indirectum* de Iure ff. et C. procedit, ſi ſcil. pupillus hereditatem Tutori obligatam adeat autoritate Tutoris *l. 1. pr. et l. 7. eod.* HOP. P. *in Comment. ad Inſt. tit. de aut. tut. ſ. f.* Hoc enim in caſu tutor ſibi propria autoritate ſoluere poteſt *l. 8. C. qui dare Tut. vel Cur. l. 7. C. de Excuſ. Tut.* De Iure vero ff. et C. tantum dicto admittuntur: ſecus de Iure Nouo, per *Nou. 72. c. 4. qua LL. ff. et C.* ſunt correctae, vid. RITTERSH. ad *Nou. p. IIX. c. 3.* PHILIP. ad *Dec. Elect. 34. obſ. 1.* ita vt hodie tutor creditor ab omni prohibeatur tutela.

§. XXI.

Antequam vlterius progrediamur, referenda quoque huc eſt illa *per indirectum* actio, quae quidem analogicam tantum liciti naturam ſapit, in effectu tamen prioribus eſt ſimilis. Nimirum *directo* liberi tenentur in contrahendis ſponſalibus conſenſum parentum expetere, et quidem de Iur. Ciu. illi tantum, qui in patria poteſtate ſunt conſtituti *l. 2. ff. de rit. nupt.* quibus etiam filiae minorennes emancipatae accenſentur, *l. 18. C. de nupt.* de Iure vero Sax. indiſtincte omnes CARPZ. in *Iuriſpr. Eccl. Lib. II. def. 49.* et de Iure Gall. filiae annum 25. et filii annum 30. nondum egreſſi, JOURNAL DU PALAIS *Part. 10.* et LES LOIX CIVIL. DANS LEUR ORDRE NATUREL. *p. 47.* in tantum, vt alias ſint ipſo Iure nulla *l. 5. C.*

de

de Sponſ. arg. §. pen. I. de nupt. CARPZOV. *d. l. Lib. II. def. 40.* praecedente tamen ſententia declaratoria, CARPZOV. *eod.* ſaepius autem *per indirectum* talia ſponſalia, quae clandeſtina audiunt, interueniente copula carnali redduntur valida, non quidem de Iur. Ciu. *§. 12. de nupt.* ſed more ita recepto HEIG. *L. 1. q. 22. num. vlt.* STRVV. *in Syntagm. I. Ciu. Exerc. 29. th. 17.* CARPZOV. *d. l. L. 2. def. 36. 37. et 60.* Licet etiam parentes diſſentiant, aut ex binis poſteriora publice fuerint celebrata. Idem quoque de iis clandeſtinis, quae abſque teſtium praeſentia ſunt inita, dicendum. Quaeritur autem, quo fundamento iſta Iuris hodierni permiſſio nitatur? et reſpondemus cum HVG. GROT. *de I. B. et P. Lib. III. c. 4. §. 2. num. 2.* quod varia ſint licita, non ſalua pietate agentis, ſed, quod apud homines poenae non ſubiaceant, ſiue vti BECMAN. ad GROT. *l. 2. c. 2. §. 6. inf.* loqui amat, alia Iuſtitia interna, alia impune duntaxat licere. Impunitum enim manet tale factum, non, quod nulla plane poena in illud animaduertatur; ita enim in ORDIN. MATRIM. *de anno 1624. Punct. 1. verſ.* Würden auch ſolche Perſonen ꝛc. triplici poena coërcetur, ſcil. exheredatione totali, incarceratione, et emigratione e terris Saxon. CARPZOV. *d. l. def. 61.* Sed quod poena nullitatis matrimonii ceſſet, quae olim iure Ciu. obtinebat *d. §. 12. I. de nupt.*

§. XXII.

Haec itaque, quae in Iure Perſonarum attulimus exempla, ſpectant ad illuſtrandum id, *quod per indirectum in lucro acquirendo licet.* Iam quoque de vno alteroue caſu erimus ſolliciti, qui permiſſionem *indirecti in euitando damno* euincit. Huius exemplum habetur in materia tutelae, quam nemo *directo* a ſe declinare valet, cum tutela ſit munus publicum *l. f. pr. C. de adm. tut. pr. I. de*

Excuſ. Tut. nihil in contrarium mouente *l. 17. §. 4. ff. de Excuſ.* vid. CALVIN. in *Lex. Iurid. ſub voce munus publicum : Per indirectum* tamen ab hoc tutelae onere ſiue acceptum, ſiue ſaltem delatum illud ſit, ſe quis liberat. 1) Si pupillo litem, quam alias facilius remiſiſſet, iure moueat. Hoc enim caſu, ſi plures contutores non adſint, alius dandus eſt *§. f. I. de aut. tut. l. 24. ff. de teſtam. tut.* HOPP. *in Comment. ad I. t. de autoritate Tut. §. f.* 2) Si in militiam abeat *l. 31. C. de locato l. 4. C. qui dare tut. poſſ.* modo hoc non in fraudem munerum ciuitatis faciat *l. 4. §. f. ff. de Munerib.* et 3) ſi adminiſtrationem publicam in ſe ſuſcipiat, HOPP. *d. l. t. de Excuſ. Tut. §. 1.* Dignius enim munus in fauorem Reip. obire aliique muneri publico praeponere nemo prohibetur.

§. XXIII.

Aliud adhuc exemplum in *damno per indirectum euitando* afferre placet, et quidem circa detractionem Gabellae, in hereditatibus ex vna ciuitate in aliam transferendis exigi ſolitae. *Directo* enim peregrinus hereditatem vel legata ſibi relicta ſecum ferre nequit, niſi magiſtratui, cui ius detractus competit, quod plerisque in locis ita receptum teſtatur ANDR. RAVCHB. *qu. 15. num. 6.* ſtatutam ſoluat gabellam. Aſt varias hic cautelas tradit BERL. quibus *per indirectum* eiusmodi detractio euitari poſſit, quas vt ordine decenti repetamus, tenendum eſt, quod dupliciter modo gabella euitetur, et quidem vel a parte *defuncti*, vel a parte *heredis*. *Defunctum* ſi ſpectamus, poterit ille ſcopum ſuum obtinere, quando hereditatem vel legata non in teſtamentum, ſed per modum mortis cauſa donationis peregrino relinquit, cum talis donatio, quamuis ratione effectus legatis comparetur, *l. 37. ff. de mort. cauſ. donat.* tamen ratione formae et principii potius contracti-

tractibus annumeranda sit, BERL. *P. III. concl. 52. num. 58.* Accedit etiam, quod in odiosis donationes mortis causa non sint instar legatorum, sed vicem contractuum obtineant; in iis autem, quae mediante contractu, etiam a peregrinis acquiruntur, gabellam cessare docet *idem num. 11.* *Heredem* vero quod respicit, triplici potissimum via ille detractionem subterfugere valet, nempe 1) si hereditatem vel portionem sibi relictam ibi relinquat, et quotannis reditus tantum percipiat. 2) Si in loco bonorum sitorum, vbi tale ius viget, aliquandiu permaneat, ibique lares focosque foueat, tunc enim si discedat, oneri detractionis, nisi census emigrationis in specie hoc in casu obseruetur, non subiicitur. 3) si quis hereditati sperandae renunciet sua portione accepta contentus. BERL. *d. l. num. 89.*

§. XXIV.

Hactenus ex Iure Personarum exemplis euictum dedimus, multa *per indirectum*, tam in acquirendo commodo, quam damno euitando licere, quae *directo* non sunt permissa. Iam ad *Ius Rerum* eadem vtentibus methodo transire, et ex eo quosdam casus excerpere nobis est animus. Quod itaque *ius in Re* attinet, hic ex Iure Sax. repetenda est specialis illa de Gerada Dispositio, vigore cuius vxor Geradam suam marito neque mortis causa, neque inter viuos *directo* donare potest, adeo vt nec ipsa morte donatio conualidetur per *Const. El. 13. P. II.* BERL. *P. II. Concl. 15. num. 29.* secus ac in donatione filiof. facta, de qua §. XVII. egimus et donatione Coniugum *l. 32. ff. l. 1. 3. 10. C. de donat. inter vir. et vxor.* Landr. *l. 1. art. 31.* licet quoque iuramento firmata talis donatio ab vxore fuerit, CARPZOV. ad *d. Const. def. 1.* STRVV. *in Syntag. Iur. Ciu. Exerc. 30. th. 31.* *Per indire-*

ctum

ctum tamen voti sui compos fiet vxor, si consensu curatoris marito Geradam vendat, et pretium emtionis ipsi leget, vel mortis causa donet, siquidem palam est, cum vxor tantum Geradam marito donare prohibeatur, quod eam vendere, vel alio modo in maritum transferre possit. Quod enim prohibitum non est, illud censetur esse permissum CARPZOV. *d. l. def. 9. 10. 11. 12.* BERL. *d. l.* non obstante regula communi, quod surrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum surrogatur *l. 1. §. 10. ff. si is qui test. liber.* quia haec suas exceptiones omnino patitur, quas vide apud EVERHARD. in *loc. arg. legat. loc. a vi surrog. in f.* nec obstat. *l. 15. C. de donat. inter Vir. et Vxor.* qua donatio coniugum sub specie venditionis facta a Fisco rescinditur, cum nostro in casu verus contractus citra animum donandi celebretur. Quod autem vxor pretium deinde legare possit marito, illud plane aliud est negotium nec ante mortem secutam effectum sortitur, imo in incerto est, an ipsa vxor sit praemoritura, an vero maritus, quo casu posteriori legatum nullius est valoris.

§. XXV.

Aliud adhuc exemplum, quod *per indirectum* est licitum, obuenit in donatione inter viuos. Cuius effectus praeter alios est, vt statim rei donatae et traditae dominium vel conditio vsu capiendi in donatarium transferatur, ita, vt *regulariter et directo* donatio a donatore reuocari nequeat, *l. 3. 4. et 5. C. de reuoc. donat.* nisi in casibus a legibus exceptis, vt: propter laesionem legitimae *t. t. C. de inoffic. donat.* propter superuenientiam liberorum *l. 8. C. de reuoc. donat.* et propter donatarii ingratitudinem *l. 10. C. d. t.* quibus in casibus reuocari ea omnino potest. Si quis igitur facultatem reuocandi sibi retinere cuperet, nollet autem donationem coram quinque testibus, aut apud

acta

acta condere, tunc *per indirectum* hoc efficere poteſt, ſi pactum de reuocando donationi inter viuos apponat, *l. 23. ff. de R. I.* vid. Magnif. DN. SCHWENDENDÖRFF. Patronus atque Praeceptor meus ad cineres vsque deuenerandus, in *notis ad Eckolt. tit. de mort. cauſ. donat. ſ. 10.* Eadem quoque ratione, qua donatio inter viuos reuocabilis reddi poteſt, poteſt etiam donatio mortis cauſa reuocabilis effici, quam alias reuocabilem eſſe conſtat ex *l. 15. 16. ff. d. t.* aliisque pluribus Iuris textibus, et quidem appoſita clauſula de non reuocando *l. 13. ſ. 1. de mortis cauſ. donat.* Quamuis autem effectus harum donationum partim per pacta adiecta amplietur, partim etiam per clauſulas reſtringatur, exinde tamen minime vel confuſio actuum, vel eſſentiae mutatio erit metuenda *l. 2. ff. d. t. No. l. 27. ff. eod.* cum vtraque donatio tantum in accidentibus aliquam mutationem patiatur, id quod ſolide exponit Magnif DN. SCHWEND. *c. l.* iung. BACHOV. ad TREVTL. *vol. 2. Diſp. 19. ſ. 9. lit. A.* HVBER. *poſit. Inſt. tit. de donat. ſ. 11.*

§. XXVI.

Paulo plura Exempla ſeſe offerunt in *Iure ad Rem.* Ita enim lex Commiſſoria pignoribus addita, qua inter creditorem et debitorem conuenit, vt ſua die, debito non ſoluto, pignus pro quantitate debita pleno iure Debitori acquiri debeat, *directo* tam de Iure ciuili, per *l. f. C. de Pact. pign.* quam Canon. per *cap. pen. X. de pignoribus* et Feud. 1. *Feud. 27. pr.* prohibetur, adeo, vt nec ex interuallo adiectum valeat, vti videre eſt apud LAVTERB. in *Comp. Iur. T. de pignor. action.* MOLINAEVM *tr. de vſur, qu. 52. n. 366.* DN. STRYCK. in *Intereſſe Controuerſ. c. 10. ſ. 34.* DN. D. MENCK. Praeceptor meus obſequioſe deuenerandus in *Diſp. de L. Commiſſ. th. 29.* quamuis diſſen-

tiat ANTON. NEGVSANT. propter *l. fin. ff. de contrah. emt.* in *tr. de pign. et hypoth. P. IV. n. 6.* ad quam tamen respondet FABER *in error. Pragm. decad. 21. err. 5.* Quod si vero quis firmiori vinculo ad reluitionem pignoris debitorem velit adigere, *per indirectum* hoc impetrabit, si cum debitore ita paciscatur, vt pignus, si statuto die debitum non soluatur, pro iusto pretio debeat esse venditum *l. 34. ff. de pign. act. l. 16. ff. de pignor.* vel datum in solutum, vel etiam cessum, vide MOLINAEVM, NEGVSANT. DN. STRYCK. STRVV. *d. l.* Hoc etiam facto pignus debito, tempore determinato, non soluto, statim in dominium creditoris transit, nec a debitore repeti potest, *d. l. 34. de pign. act.* ita tamen, vt illud, quod iustum pretium excedit, debitori restituat. Caeterum necessarium non esse, vt verba: *pro iusto pretio venditum*, pacto huic inserantur, non sine fundamento statuit NEGVSANT. *d. l.* semper enim pro iusto pretio venditio facta subintelligitur, etiamsi simpliciter pactum sit initum *l. 1. C. de pact. pign.* quod tamen secus se habet in datione in solutum et cessione, quae iustum pretium sua natura non supponunt, adeoque si verba: *pro iusto pretio*, omissa fuerint, omni valore destituuntur.

§. XXVII.

Aliud Exemplum nobis subministrat pactum Antichreseos. Hoc enim sub conditione, ne fructus sortem excedentes computentur in sortem, *directo* inire non licet, si scil. fructus sunt certi, *arg. l. 17 C. de vsur.* BERL. *decis. 170. n. 23.* STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Exerc. 19. th. 52.* quo casu excedentes sorti omnino sunt imputandi, modicis tantum exceptis *l. 14. C. eod.* aliter sentiendum de fructibus incertis *d. l. 17.* nisi in illis quoque modus nimium excedatur. RAVCHBAR. *p. 1. qu. 20. n. 38.* CARPZ.

P. 1.

P. 1. Conſt. 30. def. 40. et 41. STRVV. *d. l.* *Per indirectum* tamen excedentes quoque fructus ſuos poterit facere creditor, ſi alio modo pactum informetur, ita, vt 1) fructus pignoris non loco vſurarum ipſi cedant, ſed ob pecuniam gratuito et ſine vſuris datam ex affectione remunerationis gratia creditori donati eſſe debeant: Hac enim ratione potius donationes reciprocae creduntur factae, quae nemini, qui rerum ſuarum liber moderator eſt, et arbiter, *l. 21. C. mand.* ſunt interdicendae. A creditore quoque hic omnis vſurariae prauitatis abeſt ſuſpicio, cum haec ſine dolo eſſe non poſſit, nemo autem videatur fraudare eum, qui ſcit et conſentit *l. 151. ff. de R. I.* 2) poſſunt etiam *per indirectum* fructus pignoris excedentes a creditore acquiri, quando poſtulat, vt debitor pignus hoc ipſi vendat cum pacto retrouenditionis, quo facto fructus aliaeque obuentiones lucro emtoris haud dubie cedunt. DN. STRYCK. in *Intereſſe Controuerſ. c. 10. ʃ. 32.* Pinguius quidem prius in praxi videtur conſilium, cum in pacto de retrouendendo omne periculum ad emtorem, quia dominus eſt, ſpectet, *l. 2. in f. ff. de leg. Commiſſ.* quod in pacto antichreſeos ſecus ſeſe habet, *l. 19. C. de pign.* poterit tamen et huic incommodo facile occurri, ſi emtor paciſcatur, vt, non obſtante dominii translatione, periculum nihilominus venditoris eſſe debeat. DN. STRYCK. *de caut. Contr. ſect. 1. cap. 4. ʃ. 26.*

§. XXVIII.

Occaſione §. praecedentis peruenimus ad materiam vſurarum, de quibus conſtat vſuras vſurarum in Iure noſtro *directo*, non tolerari *l. 28. C. de vſur. l. 20. ff. eod. l. 26. ʃ. 1. ff. de cond. indeb.* ſiue petantur ob moram vſurarum, ſiue ob vſuras in ſortem, quod in ſpecie anatociſmus dicitur, redactas, in tantam, vt nec ab hac prohi-

bitione mercatores excipiantur, CARPZ. *P. II. Conſt. 30. def. 33. 34.* Quemadmodum etiam non ceſſat haec diſpoſitio, licet quoque Nouatio inter Creditorem et Debitorem propterea ſit facta STRVV. *d. l. Exerc. 27. th. 50.* quod fortiter impugnat BERL. *Dec. 268.* refutatur tamen a BRVNN. *ad l. f. C. de vſur.* FRANZK. *L. 11. Reſol. 10. n. 54. et ſeqq.* PHILIPP. ad *Dec. El. 8. Obſ. 4.* Quod ſi autem creditor alio remedio vtitur, *per indirectum* vſuras vſurarum in effectu poteſt accipere 1) ſcilicet, ſi ſortem ſuam alteri vendat et annuos reditus pro illa emat; de his enim vſurae recte ſoluuntur, ſiquidem reditus annui non pro vſuris, ſed pro nouis prouentibus reputantur. BERL. *d. Dec. 268. n. 29.* BRVNN. *d. l.* et tamen ratione formae, quam effectus ab vſuris differunt, PHIL. *ad Dec. El. 29. obſ. 3. n. 17.* 2) etiam *per indirectum* vſuras vſurarum creditor percipiet, ſi curet, vt debitor ſortem cum vſuris ab alio ſibi debitis ipſi per delegationem cedat. Hac enim ~~ratione vſurae itidem deſinunt eſſe vſurae, et naturam~~ ſortis induunt BERL. *d. l. n. 33.* STRVV. *d. l. th. 51.* Quod autem mutata debitoris perſona procedit, hoc ad caſum mutati creditoris applicandum non exiſtimamus, vti in principio huius §. contra BERL. aſſeruimus. Alium adhuc modum *per indirectum* vſuras vſurarum conſequendi praedictus tradit BERL. *d. l. n. 8.* ſi ſcilicet facta liquidatione ſuper vſuris ſpecialis et ſeparata fiat obligatio, quo caſu ex his vſuris ab eodem debitore alias vſuras peti poſſe ſtatuit *cum allegatis autoribus.* Tutius tamen opinioni BRVNN. *ad. d. l. f.* et FRANZK. *d. l.* hic ſubſcribendum putamus, qui propterea claritatem textus in *l. 28. C. de vſuris* hoc citra crimen anatociſmi fieri negant.

§. XXIX.

Sicuti autem vſurae vſurarum *directo* nequeunt cum effectu peti; Ita etiam vſurae vltra alterum tantum currentes *directo* non poſſunt exigi *l. 26. §. 1. ff. de Cond. Indeb. l. 4. §. 1. ff. de naut. foen. l. 10. 27. §. 1. C. de vſur. L. 9. ff. eod. Nou. 121. c. 1. et 2. et Nou. 138.* ZANGER. *de Except. P. III. cap. 25. n. 29. et ſeqq.* RITTERSH. *ad Nou. P. III. c. 9. n. 6.* BERL. *Dec. 30.* licet illae particulariter ſolutae fuerint *Nou. 121. et 138.* quod tamen de Iur. Sax. El. per *dec. 29.* mutatum eſt in hiſce caſibus, ſi 1) debitor, qui ſoluendo eſt, interpellatus et in mora ſoluendi conſtitutus fuerit, quae Interpellatio de Iur. Sax. El. iudicialiter facienda eſt *d. Dec. 29.* vel ſecundo vſurae poſt ſententiam condemnatorum excreuerint. CARPZ. *Pr. crim. P. 2. qu. 92. Per indirectum* tamen alio modo vſurae alterum tantum ſuperantes virtualiter petuntur, ſi 1) vt in praecedenti caſu, loco mutui emtio annuorum redituum contrahatur, quorum differentiam egregie monſtrat ZIEGL. *in diſp. de Mobatra th. 23.* id quod indubitati Iuris exiſtimat BERL. *Dec. 30. n. 5.* PHIL. *ad deciſ. 29. obſ. 3. n. 14.* modo non plures quam quinque aurei pro centenis praeſtentur, alioquin vſuraria prauitas ineſſet, et minime valeret, *Rec. Imp. Auguſt. de anno 1548. et Reform. Polit. Francof. 1577. t.* von wucherlichen *Contracten 17, §.* und nach dem die Wiederkauffs-Gülden *9.* GAIL. *L. 2. obſ. 7. n. 1.* 2) poſſunt quoque *per indirectum* vſurae vltra alterum tantum exigi, ſi non vt vſurae, ſed tanquam intereſſe, quod tamen doceri debet *l. 2. §. 8. ff. de eo, quod certo loco petantur* BERL. *p. 2. concl. 38. n. 35.* et *d. dec. 30.* PHIL. *ad d. dec. 29. obſ. 2. n. 1. et ſeqq.* quod et in vſuris, quae ex mutuo, in concurſu creditorum *directo* vna cum ſorte vt vſurae peti nequeunt, *dec. El. 8. et* PHIL. *ad d. deciſ. obſ. 5.*

 et 8.

et §. BERL. *p. 1. Concl. 66. n. 10.* CARPZ. *P. 1. Const. 28. def. 164.* nec non in illis, qui vltra quincunces *directo* non valent, procedit, ita, vt cum effectu per modum intereſſe vrgeri poſſint, PHIL. *ad dec. 8. obſ. 2. n. 10.* differentiam vero vſurarum et intereſſe late docet CARPZ. *Lib. 4. reſp. 50.*

§. XXX.

Sufficiant expoſita exempla, ad demonſtrandam validitatem *indirecti in acquirendo commodo ex Iure Rerum.* Tranſitum iam facimus ad exempla *in euitando incommodo* conſiſtentia. Primum autem, quod ſeſe nobis inſinuat exemplum ex *Iure in re*, eſt donatio inter viuos vltra 500. ſolidos celebrata. Dubio enim vacat, in omni hac Donatione vltra 500. ſolidos; quae ſumma hodie apud nos 500. Ducatis aequiparatur. CARPZ. *P. 1. Conſt. 12. def. 12.* RICHTER. *P. 1. dec. 26. n. 59.* STRVV. *Exerc. 40. §. 10. regulariter et directo* inſinuationem coram iudice, etiam incompetente, *l. 30. C. de donat.* requiri *§. 2. I. eod. l. 36. §. 3. 27. et 34. §. 3. et 4. C. eod.* a qua non niſi certae donationes ob ſingularem fauorem eximuntur, vt (1) donatio a principe in aliquem collata *l. 34. pr. C. d. t. l. 19. C. de SS. Eccl.* (2) quae a priuato facta eſt Principi, *Nou. 52. c. 2.* (3) quae a Magiſtris militum militi, *l. 36. §. 1. et l. 34. pr. C. d. t.* (4) ad redemtionem Captiuorum, *d. l. 36. in pr. l. 34. d. t.* et (5) ad refectionem domus incendio vel ruina ſublatae facta eſt *d. l. 36. §. 2.* Omiſſa igitur inſinuatione in reliquis donatio pro ea parte, quae 500. Ducatos excedit, eſt inutilis, *l. 35. §. 3. l. pen. §. vlt. C. d. t.* *Per indirectum* autem facili opera inſinuatione ſuperſedere poteſt donator, ſi ſcilicet ſummam diuidat, et ſic has donationes non vno eodemque tempore, ſed diuerſis interuallis perficiat. Hoc enim modo omnes valent nec inſinuatione opus eſt, *l. 34. §. 3. C. d. t.*

§. XXXI.

§. XXXI.

Porro aliud exemplum habetur in hereditate, de qua constat, neminem praeter militem *l. 6. ff. de milit. test.* in re singulari velut fundo, aedibus, *directo* heredem scribere posse. Hinc si vnus tantum in re particulari heres institutus fuit, detracta rei mentione, in solidum heres erit, *l. 1. §. 4. ff. de hered. instit.* sin autem duo in re certa instituti sunt, adiectio illius, ratione hereditatis etiam est inutilis, *l. 9. §. 13. ff. d. t.* vtilis tamen ad diuisionem rerum singularium, *l. 35. pr. ff. eod.* in reliquis autem sunt ex semisse heredes, *d. l. 35.* si tandem vnus simpliciter, alter vero ex re certa instituitur, hic tantum legatarii loco erit. *l. 13. C. eod.* insimulque illa res non secus ac alia res legata detractioni Falcidiae subiacet. *l. 10. C. fam. ercisc.* vid. BRVNN. *ad Instit. Exerc. 11. Tit. de hered. instit. §. 5.* Quando igitur quis vni suorum amicorum ita faueret, vt ei rem singularem relinquere, illumque a detractione quartae Falcidiae exemtum gestiret, hanc autem certas ob caussas prohibere nollet, *per indirectum atque aliam viam* hoc posset efficere, si illum heredem vniuersalem scriberet, eique caetera omnia praeter rem illam singularem e. g. fundum, vt legata aliis praestanda iniungeret. Tali enim modo suam intentionem assequitur, nec in rationem *directae* prohibitionis consistentis in eo, ne scil. testator pro parte testatus et pro parte intestatus decedat *§. 5. Inst. d. t.* impingit, sed vt liber rerum suarum moderator et arbiter *l. 21. C. mand.* de suis libere disponit.

§. XXXII.

Praecedentem casum propter connexionem materiae sequens excipit exemplum, vbi matri, cui legitima ex liberorum hereditate competit *l. 15. ff. de inoff. test.* adeoque *directo* ea auferri nequit, cum mater querela inofficiosi testa-

testamenti recte se tueri; *§. 1. I. eod.* et, si pars tantum hereditatis legitimam non conficiens relicta est, actione in supplementum vti possit *§. 3. I. eod. per indirectum* illa cum effectu adimitur, in casu, quo Pater filiof. impuberi pupillariter substituit. Filio enim intra annos pubertatis decedente succedit substitutus, omnibus legitimis heredibus, atque hinc etiam matre ab eius successione plane exclusis *l. 8. §. 5. ff. de inoffic. testam. l. 9. C. de Impub. et aliis subst. c. 1. de testam. in 6to.* BERL. *P. III. Concl. 10.* MENOCH. *depraesumt. L. 4. Praes. 38. n. 3. et seqq.* PHIL. *ad decis. El. 47. obs. 1.* Quod tamen Dd. communiter restringunt ad expressam substitutionem, et volunt, licet vi tacitae pupillaris substitutionis quis succedat, matri nihilominus legitimam deberi. CARPZ. *P. III. Const. 8. def. 2.* RICHTER. *Decis. 38.* Hoc autem nostrum *per indirectum* remedium solummodo de iure ciuili procedit, quod secus est de Iure Sax. siquidem in *Const. El. 8. P. III.* singulariter statutum, quod nec expressa, nec tacita pupillari substitutione, matri legitima auferri possit, id quod etiam ad auum auiamque extendit *dec. El. 47.*

§. XXXIII.

Haec de Exemplis *in Iure in Re* circa *euitandum incommodum per indirectum* licitis dicta sunto. Iam *Ius ad Rem* eodem quoque modo contemplabimur, vbi statim sese offert Ius Protimiseos conuentionale, quod *directo* alteri auferri nequit, cum Iure Naturae nemini permissum sit contra pactum suum venire, *l. 1. ff. de Pactis l. 13. ff. communia praed.* nisi istud aut legibus diuinis, aut humanis publicis esset contrarium. Eiusmodi enim pacta turpius est inire, quam non explere. Hinc ille, qui ius retractus conuentionale seu ius Protimiseos alteri in re quadam constituit, huic oneri subest, vt, si illam velit vendere, ei hoc

hoc denunciare teneatur, *l. 75. ff. de contrab. emt.* quod quidem de extraneis emtoribus tantum subaudiendum est, *d. l. 75.* non vero ad liberos, vel alios ab intestato successuros trahendum; vti test. CARPZOV. *P. II. def. 32. Const. 19.* in tantum vero haec denunciatio est necessaria, vt venditione et traditione citra illam facta, res quidem non retrahatur, secus ac in Iure retractus consanguinitatis, *Const. El. 32. p.* 2. interim tamen venditor actione ad interesse pulsari possit *d. Const. 5.* Derowegen ist auch der Käuffer. CARPZOV. *ad d. Constit. def. 8.* Quando igitur *per indirectum* hanc denunciationem euitare cupit venditor, hoc remedio vti potest, vt rem non vendat, sed cum alia re permutet, vel donet, quo facto, nulla denunciatione opus est, quippe quae regulariter tantum in venditione locum habet *d. Constit. El. 32.* Accedit non tantum, quod odiosa, quale ius protimiseos est, cum per illud libertas alienandi restringatur, non sint amplianda, sed etiam, quod contrahentes legem debuissent dicere apertius, *l. 39. ff. de pact. l. 33. ff. de contrab. emt.* quo omisso, damnum, quod quis ex eo sentit, sibi imputare debet, CARPZOV. ad *d. Const. def. 14.* Proinde etiam est, quod haec cautela a cautis contrahentibus adiici soleat, quod emtor rem neque vendere, neque permutare, neque in solutum dare, vel alio modo alienare debeat citra denunciationem venditori prius factam. Caeterum in permutatione ita quis se gerat, ne forte pecunia, si quam simul dedit, re praeualeat, et sic contractus permutationis in venditionem abeat, siquidem hoc casu locus foret retractui, secus si res et pecunia essent aequales, hoc enim casu nihilominus contractus permutationis, quippe antiquissimus celebratus creditur, CARPZ. *d. l. def. 15.* Idem quoque, quod de retractu conuentionali *per indirectum* admittitur, de retra-

ctu legali et consuetudinario, qui ex iure dominii directi, crediti, vicinitatis, communionis et consanguinitatis competit, asserendum putant CARPZ. *P. II. Constit. 31. def. 17.* STRVV. *Syntagm. Iur. Ciuil. Exerc. 23. §. 62.*

§. XXXIV.

Huc spectat porro casus, vbi debitor aere alieno obrutus *directo* impedire nequit, quo minus ex suis bonis creditoribus satisfiat, quippe quod alias cum principio Iuris naturalis, quod suum cuique tribuere praecipit, e diametro pugnaret. *Per indirectum* tamen debitor rebus suis consulere potest, si, dum ex hereditate vxoris bona sibi obuentura sperat, metuit vero, ne bona ista creditores sint consecuturi, iuri suo succedendi viua adhuc vxore renunciat. Hac enim renunciatione facta, liberi Iure Sanguinis ad totam successionem admittuntur *l. 7. pr. ff. de bonis damn.* Patri autem renuncianti competit interea tamdiu vsusfructus, quamdiu liberos in sua potestate habet *§. 1. I. per quas pers. cuique acquir.* Videtur quidem obstare, quod renunciatio haec in fraudem creditorum fiat, adeoque per eam illis iniqua inferatur conditio contra *l. 74. ff. de R. I.* Ast, sicuti quoad *l. 74.* sciendum est, creditorum conditionem per dictam renunciationem solam non meliorem, minime vero iniquiorem reddi, cum antea melior non extiterit, ita quoad prius respondemus, quod renuncians suo iure vtatur, adeoque nemini faciat iniuriam, *l. 55. ff. de R. I.* siquidem quilibet fauori pro se introducto renunciare valet *l. 29. C. de pact. l. 41. ff. de min.* nec obstat Edict. de reuocandis, quae in fraudem creditorum facta sunt; *l. 1. in pr. ff. quae in fraud. cred.* cum in *l. 6. §. 2. d. t.* pro nostra sententia respondeat VLPIANVS, repudiationem hereditatis huic Edicto locum non facere, cum nulla fraus creditoribus fiat, quando quis, quod acquire-

quirere poteſt, non acquirit, ſed eidem renunciat, ſiquidem is, qui id agit, ne locupletetur, ſuum patrimonium non minuit, *d. l. 6. pr. et l. 134. ff. de R. I.* Caeterum an praedicta renunciatio ante mortem vxoris fieri debeat, an vero eam ſequi poſſit, non vna omnium fuit opinio, quorum fundamentum pro et contra allatum exhibet BERL. *Dec. 114.* Nos credimus, tutius eſſe, in priorem condeſcendere ſententiam, ita vt renunciatio per mortem facta pro inualida habeatur. Quam ſententiam etiam amplexi ſunt DN. SCAB. LIPS. ita vt anno 1634. *ad requiſitionem A. Q. et* anno 1647. *ad petitionem Wilhelmi a Lindenau et Praefecti Leiſnic. in cauſa credit. C. a M.* iuxta eam pronunciauerint. vid. CARPZOV. *P. II. dec. 161.* Concordat cum hoc mos in Gallia diu obſeruatus, vbi creditor debitorem ſuum poteſt cogere, vt hic ſucceſſionem delatam acceptare debeat t. JEAN LELET. *in obſeruat. in Conſuet. Pict. ad art. 278.* Sicuti igitur ipſe debitor renunciatione tempeſtiua *per indirectum* impedire valet, ne hereditas ſibi obueniens a creditoribus auferatur; ita quoque idem operatur patris diſpoſitio teſtamentaria, ſi ſcil. pater metuens, ne filio obaerato a creditoribus ſpes ſuccedendi annihiletur, filium praetereat, nepotes vero heredes ſcribat, et filio tantum alimentorum nomine quicquam leget, ad exemplum patris prodigum hac ratione exheredantis in *l. 16. §. 2. ff. de curat. furioſ.* Quamuis enim regulariter filio legitima titulo inſtitutionis ſit relinquenda, aut per exheredationem ex iuſta cauſa adimenda *Nou. 115. cap. 3.* rectius tamen hanc diſpoſitionem *Nou.* ad praeteritionem in odium liberorum factam DDres reſtringunt, quod ſecus ſeſe habet in praeteritione bona mente facta, et quae fauorem liberorum concernit *l. 16. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* BERL. *part. 3. concl. 15. n. 54.* CARPZ. *P. 3. Conſt. 9. Def. 11. n. 4.*

 §. XXXV.

§. XXXV.

Aliud Exemplum praecedenti simile nostro conspectui sese sistit in exheredatione. Notum enim cuilibet, qui prima Iurium rudimenta edoctus est, patri, et qui sub hoc nomine veniunt in *l. 51. ff. d. V. S.* non tantum vsumfr. in bonis liberorum aduentitiis iure patriae potestatis deferri *§. 1. I. per quas pers. cuique acquir. l. 6. pr. C. de bon. quae liber.* sed illum quoque legitimum horum bonorum esse administratorem *l. 1. C. de bon. matern. l. 6. §. 2. l. f. §. 5. et 6. C. de bon. quae lib.* CARPZOV. *p. 2. Const. 10. def. 11.* Qui patriae potestatis effectus *directo* parentibus auferri nequeunt, cum ipsae LL. tale ius iisdem deferant, vtut obseruantia nonnullis in locis admittat, quod mater contra *Nou. 117. cap. 1. tenorem* vsumfr. legitimae liberis necessario relinquendae patri in testamento auferre possit *t.* BERLICH. *Dec. 137.* *Per indirectum* tamen vsusfr. hereditatis vltra legitimam relinquendae eiusdemque administratio patri, vel auo adimitur, quando mater quidem filio legitimam relinquit, sed in eo, quod vltra legitimam reliquum est, alium heredem hac lege instituit, vt filio sui iuris facto illud reliquum sine detractione Trebellianicae restituat, BRVNNEM. *ad L. 25. C. de inoffic. Testam.*

§. XXXVI.

Tandem sicco pede praetereundum non est illud in Legibus Exemplum, vbi plus vice simplici prohibetur, ne quis *directo* cum altero de dolo non praestando conueniat *l. 23 ff. de R. I. l. 17. pr. ff. commod. l. 27. §. 3. ff. de pact.* quod quidem de futuro accipiendum est, talis enim pactio ad delinquendum inuitat, et per hanc alteri ignoranti et inuito iniqua infertur conditio contra *l. 74. ff. de R. I.* secus de dolo praeterito sentiendum, in quo vtraque ratio cessat *d. l. 27. §. 4. ff. de pact.* An autem dolus futurus

in

in omittendo, vel non faciendo consistens, et dolus praesumtus quoad futuram administrationem remitti possit, quod prius affirmat IAC. PHIL. PORTIVS *Cons. 147. n. 23.* posterius vero COVARR. *lib. 2. var. Resol. cap. 14. n. 5.* vid. MVLLER. *ad L. 195. de R. I. Exemplo 3.* dubium valde iudico. *Per indirectum* tamen prodest atque valet conuentio, ne dolus praestetur, si quis in contractu depositi cum altero paciscatur, ne depositi agat. Hoc ipso enim id pactus videtur, ne de dolo agat, quod pactum proderit. *d. l. 27. §. 3. ff. de pact.* Cum duntaxat ob dolum, et quae huic similis est, latam culpam quis ex deposito teneatur *l. 1. §. f. et l. 32. ff. depositi.* vid. WISSENB. *ad Tit. ff. de R. I. Disp. 30. §. 4.*

§. XXXVII.

Hactenus petiuimus exempla, thema nostrum illustrantia ex *iure Rerum.* Nunc quoque superest, vt ex *iure Actionum* quaedam depromamus. Seruata igitur nostra methodo, ea praemittenda sunt, quae in *acquirendo commodo* consistunt, quorsum primo referendum est, quod *directo* nemo inuitus agere vel accusare cogatur, *L. vn. C. vt nemo inuit.* *Per indirectum* tamen hoc procedat, si diffamatus loco actionis iniuriarum, qua alias diffamatorem pulsare potest, remedio *L. diffamari 5. C. de ingen. manumiss.* vtatur, quo facto, diffamator adstringitur ad agendum, si poenam perpetui silentii incurrere nolit. HEIG. *P. 2. Qu. 8. n. 5.* Ipse enim diffamator tacite se ad agendum arctat, dum per diffamationem ad iudicem diffamati prouocare, adeoque agere velle intelligitur GAIL. *Lib. 1. obs. 9. n. 5.* Dum autem *per indirectum* hoc ita valere dictum fuit, minime simul et istud innuimus, quod consultius habeatur, remedium hoc actioni iniuriarum anteponere. Nam si ad effectum respicimus, nulli dubitamus, quin actionem iniu-

 riarum

riarum prae *L. Diffamari* remedio eligere praeſtet. Illa enim pinguior, cum per eam famae laeſae reſtitutio impetretur, et poena diffamanti imponatur, hoc vero eo non tendat, vtpote quo tantum diffamationis probatio, aut poena ſilentii iniungitur. CARPZOV. *Lib. 2. Reſp. 57. n. 2.* Idem de altero remedio prouocatorio *L. ſi contendat 28. ff. de fideiuſſ.* dicere non audeo, cum iſtud non in eo conſiſtat, vt ad agendum aduerſario praefigatur terminus, et ſi non agat, ipſi perpetuum imponatur ſilentium, ſed in hoc, vt exceptio, qua implorans gaudet, competens, ipſe vero contra implorati actionem tutus declaretur. D. BERGER. *in Electis Proceſſ. prouocat. §. 45.*

§. XXXIIX.

Demonſtratum in praecedenti theſi fuit, *per indirectum* actorem ad agendum cogi poſſe; Iam quoque progrediendum ad Iudicem, coram quo actor reum conuenire debet. Conſtat autem, quod *directo* nemo beneficio primae inſtantiae ſit priuandus, vide CARPZOV. *ad Proceſſ. Tit. 3. art. 4. n. 71.* Per *indirectum* tamen actor reum prima poteſt excludere inſtantia, ſi actionem aduerſus plures perſonas diuerſae iurisdictioni ſubiectas dirigat, illasque coram omnium ſuperiore conueniat *l. 1. ff. de quib. reb. ad eund. iudic. l. 5. C. Arbitr. tut. Receſſ. deputat. de anno 1600. §.* bey unſerm Kayſerlichen Cammer-Gericht. *23.* CARPZOV. *d. l. tit. 3. art. 5. num. 16.* GAIL. *l. 1. O. 32. n. 3.* Licet vnus ex his fori priuilegio munitus CARPZ. *d. l. n. 24.* aut ſubditi cum principe auſtregas habente ſimultanea actione conueniantur *d. Receſſ. §.* Gleicher maſſen, wenn einer *24.* Fallit autem hoc, ſi quis malitioſe diuerſos iungat reos, ad illos primae inſtantiae beneficio defraudandos, idque vel ideo, quod fraus nemini prodeſſe debeat *l. 12. §. 1. ff. de furt.* Quae fraus, vtrum etiam

non

non insit illi cautelae, quam hic tradit BERLICH. *Dec. 220. n. 39.* aliis iudicandum relinquimus. vid. CARPZ. *Lib. 2. Resp. 17. n. 10. seq.*

§. XXXIX.

Succedit nunc, vt videamus etiam, quid in actione ipsa *per indirectum* liceat acquirere. Quamuis autem nemo actorem ad nomen actionis edendum *directo* valet adigere, cum neque de Iure ciu. neque can. necessitatis sit nomen exprimere, *l. 1. ff. de edendo a. l. 6. ff. de Reb. Cred.* et *l. 34. ff. de condit. et demonstr. cap. 6. X. de iudic.* Nec obstat *l. 3. C. de edendo l. 33. verb. qui edi sibi desiderat genus actionis ff. de iudic.* quae quidem omnes perspicuam actionis expositionem, non vero nominis expressionem desiderant, vid. MAESTERT. *de Iustit. Rom. leg. Lib. 1. Dub. 30.* GAIL. *d. l. O. 61. n. 9.* CARPZ. *P. 1. Const. 2. Def. 13.* STRVV. *d. l. Ex. 5. §. 40.* *Per indirectum* tamen obligari actorem posse, vt nomen suae actionis edat, si nimirum reus exceptione non competentis actionis sese tueatur, autor est BRVNNEMANN. *ad L. 11. ff. de dolo malo* et DN. STRYCK. *in Vs. modern. tit. de edendo §. 1. et in tr. de action. forens. inuestig. Sect. 1. membr. 1. §. 1. et 2.*

§. XL.

Sicuti vero actor scopum suum obtinere nequit, nisi prius, quicquid petierit, probauerit *l. 4. C. de edendo l. 2. ff. de probat. cap. vn. X. vt eccles. benef. l. 9. C. de O. et A.* MASCARD. *de Probat. Vol. 1. q. 1. n. 5.* ita quoque *indirecti* vsum in modo probandi quadantenus monstraturi sumus. Scilicet in *Const. El. 21. p. 1.* prohibetur, ne in secunda instantia articuli primae instantiae articulis directo contrarii admittantur, cuius ratio in metu subornationis consistit *cap. vlt. Clem. de testib.* vid. CARPZ. ad *d. Const. 21. P. 1. def. 3.* *Per indirectum* tamen eum in modum ad-

mittun-

mittuntur, si actor priori actioni mittat repudium, et super aliis et prioribus plane contrariis articulis alium libellum concipiat. Licet enim super aliis, maxime vero contrariis articulis vlterior probatio non admittatur, de nouo tamen experiri quis non prohibetur. Quo modo *per indirectum* ad nouas probationes admittitur, ad quas antea *directo* aditus non patebat, prout hoc propria experientia comprobat BERL. *d. l. n. 13.*

§. XLI.

Saepius autem contingit, quod actor causa cadat, et, si temere litem mouerit, in expensas simul condemnetur *l. 13. §. 2. C. de iudic.* sub quibus Aduocatorum salaria sine dubio continentur *l. 1. §. 10. ff. de extraord. cognit.* Hinc quaeritur, an salarium Aduocati quoque exigi possit, quando victor sibimet ipsi patrocinium praestitit, h. e. in propria causa Aduocatus extitit? Et respondetur, *directo* illum salarium nequaquam pro opera, quam in proprio negotio impendit, posse petere *arg. l. 28. ff. locat.* GAIL. *l. 1. O. 151. n. 16.* MENOCH. *de Arbitr. Iud. Quaest. Lib. 2. Cent. 2. Cas. 154. n. 4.* CARPZ. *P. 1. C. 31. D. 12.* et *ad Proc. T. 24. Art. 2. n. 11.* nisi in causa communi operam praestiterit, quo casu pro dimidia parte solui ei debet salarium, cum nemo teneatur gratis postulare, nec vlli officium suum damnosum esse debeat *l. 7. ff. testam. quemadm. aper. l. 19. C. de testib.* *Per indirectum* tamen Aduocatus in propria causa salarium quoque consequitur, si illud per modum damni et interesse postulat, ita vt lucrum cessans et damnum emergens doceat. GAIL. *d. l. num. 15.* BOERIVS *Dec. 210. n. 4.* CARPZ. *ad Proc. d. l. n. 14.* Quod facile demonstrare est, dum ille per negotium proprium tempore exclusus, aliis operam suam locare haud potuit, et sic ex proprio patrocinio damnum passus fuit.

§. XLII.

§. XLII.

Et haec sufficiant ad cognoscendam permissionem *per indirectum in acquirendo commodo.* Subiicienda nunc quoque veniunt exempla, quae eandem in *euitando incommodo* euincunt. Occurrit autem eiusmodi in iudice, qui statim in limine iudicii eo allaborare debet, quo ad transigendum adducantur partes litigantes, *Ord. Proc. Sax. Tit. 1. §.* Besonders aber, licet illas ad hoc compellere haud possit *l. 3. §. 1. ff. de recept. qui arbitr.* quod tamen de causis et interesse solum priuatorum intelligendum est, minime vero ad interesse publicum extendendum. Hoc enim quoties periclitatur, toties omnino iudex poterit ad transigendum partes compellere, cum illud ceu minister publicus ex officio promouere teneatur *l. 13. ff. de off. Praesid.* Exempla enarrat GAIL. in *tr. de pace publ. lib. 2. cap. 18. n. 9.* vt: si dissensio sit inter personas insignes, vel inter patrem et filium, vel ministros Ecclesiae, ex qua Resp. turbari et scandalum publicum oriri possit, vel etiam metus armorum subsit. Quamuis autem disceptantes circa interesse priuatum *directo* non possint a limine iudicii repelli, attamen quando leuissimi ponderis causas altercandi tantum gratia in iudicium deducunt, *per indirectum* iudex per moram et retardationem illos ad transigendum quasi cogere potest, quo demum defatigati sua sponte a lite desistant. vid. *Disp. sub Praesid.* D. IO. SAM. STRYK. *de Reiectione ab Actis cap. 1. §. 28.* Nec iniuriam *Ord. Proc. Sax. tit. 1. §.* besonders auch, *in f.* fieri credimus, vtpote quae minime probat, iudicia inutilibus litibus, posthabitis grauioribus, occupari debere. Idem quoque de litibus, quae immortales quasi factae et adeo intricatae sunt, vt difficillime et vix ac ne vix quidem explicari possint, cum GAILIO *d. l. n. 9.* asserendum putamus.

§. XLIII.

Aliud exemplum *per indirectum euitandi incommodum* occurrit in materia compensationis, cuius exceptio, statim ac creditor tantundem debere incipit, debitori ipso iure competit, *l. 10. pr. l. 21. ff. de compens. l. 4. et f. C. eod.* quae *directo* ipsi inuito rursus auferri nequit, *l. f. ff. de pact. Per indirectum* vero hoc quandoque procedere mediante cessione debiti tertio facta, neminem forte fugiet. Sic quoad literas cambiales transscriptas in Electoratu Sax. constitutum est, quod cessionario h. e. der einen auff sich indossirten Wechselbrieff dem Ausgeber desselben zur acceptation und Zahlung praesentiret, exceptio compensationis a trassante opponi haud debeat, quamuis ea cedenti omnino cum effectu opponi potuisset, si hasce literas ipse retinuisset, nec in alterum transportasset, vid. das Königl. Pohln. und Churf. Sächs. *Mandat*, wie es in Wechsel-Sachen *in puncto Exceptionis, Compensationis et solutionis etc. de anno 1699. verb.* als setzen und ordnen wir hiermit. Quod autem de literis cambialibus assertum iuimus, illud generaliter ita procedere putat CARPZ. *Dec. 255. n. 18.* Cuius tamen opinionem indistincte accipere veremur. In eo quidem minus dubii est, si debitum compensantis post cessionem fuit contractum, vel si in actu cessionis debitor interuenit, et cessionario delegationem acceptanti soluere possit, cessare hanc exceptionem, *arg. l. 19. ff. de nouat.* vti hoc docet BACHOV. ad TREVTL. *Vol. 1. Disp. 25. thes. 10. lit. A.* et praeiudicio confirmat CARPZ. *d. l.* In reliquis vero circumstantiis potius sententia LAVTERBACHII nobis arridet, qui cum *allegat. autor.* distinctionem inter cessionem titulo oneroso et lucratiuo factam et a CARPZ. allegatam tanti non facit, vt contrariae sententiae conciliaret fidem.

§. XLIV.

§. XLIV.

Porro huc facit casus in querela non numeratae pecuniae obueniens, quam debitor tam per modum actionis *l. 7. C. de non numer. pec.* quam exceptionis *§. 2. I. de Except.* proponere, et si istud intra biennii spatium faciat probationem factae numerationis in creditorem potest deuoluere, *l. 3. 10. 14. C. d. t.* Haec quaerela debitori *directo* auferri nequit, licet creditor curet, vt in cautione huic remedio statim renunciet. Otiosam enim hanc cautelem inquit DN. STRYK. *de caut. contr. S. 2. cap. 7. §. 8.* cum talis obligatio etiam ante numerationem conscribatur, et dicta renunciatio spe futurae numerationis ei inseratur, siquidem eadem facilitate debitor ad renunciandum, qua ad confitendum inductus creditur. MASCARD. *de Prob. Concl. 361. n. 19.* ZANGER. *de Except. P. 3. c. 14. n. 71.* CARPZ. *P. 1. C. 32. D. 65.* STRVV. *S. I. Ciu. Ex. 16. §. 53.* Sicuti autem multum creditoris interest, debitorem hoc priuari beneficio, ne oneri probandi intra biennium subiaceat *d. l. 3. C. de non num. pec.* ita *per indirectum* hoc effectui dabit, si curet, vt debitor ex interuallo querelae non numeratae pecuniae renunciet *a. l. 4. C. d. t.* ac confessionem suam ante eam factam repetat, quo ipso etiam, dum debitorem ad priorem obligationem se referentem supponimus, simul satisfiet ei, quod a ZANGERO alias hic mouetur. *P. 3. c. 14. n. 38.* vid. MASCARD. CARPZ. *d. l.* BRVNNEM. *ad l. 4. C. non numer. pec.* DN. STRYK. *d. l.* STRVV. *d. l.* LAVTERB. *ad d. T. in f.*

§. XLV.

Vltimo tandem loco, cum lites per iudicis sententiam, eamque vel absolutoriam vel condemnatoriam dirimantur ac finiantur, et posterior in delictis poenam reo pro varietate criminis variam dictitet, non erit praeter-

 cunda

eunda vtilis illa *per indirectum* cautela, quae ad euitandam infamiae poenam ex ſententia iudicis irrogandam facit. Hanc enim *directo* amoliri nemo poteſt, cum Leges commiſſa delicta nolint manere impunita, quae vt poena coerceantur, ipſius Reip. intereſt, *l. 51. in f. ff. ad L. Aquil. l. 13. ff. de off. Praeſ.* Hoc autem modo *per indirectum* quis euitabit infamiam, ſi reus non in perſona propria, ſed per procuratorem in iudiciis famoſis, ciuilibus et criminalibus iis, in quibus procurator admittitur, compareat et ſuam cauſam tractet *l. 2. ff. de obſeq. Parent. et Patron. praeſt. arg. l. 1. C. de ſentent. et interloc.* WESENB. *ad T. de his qui not. inf. n. 9.* vel ſi reus poenam pecuniariam, quae per ſententiam imponi poteſt, ante ſententiam offerat *a. l. 73. ff. de Procurat.* WESENB. *d. l.* BRVNNEM. *ad d. l. 73.* GAIL. *Lib. 2. O. 103. n. 2.* CARPZ. *Pr. Cr. q. 94. n. 78.* Sic etiam in actione iniuriarum euitatur infamiae nota, ſi reus in iudicio ſui copiam non faciat, atque ita propter contumaciam condemnetur, et pro confeſſo et conuicto habeatur, vel ſi honoris declarationem ante litis conteſtationem ſponte faciat, vel curet, vt iudicialiter tranſigendo lis componatur, ceu demonſtrat PHILIP. *ad Dec. El. 17. O. 2. n. 20.* cui magna *DDum ibi allegatorum* ſeries adſtipulatur.

§. XLVI.

Diuerſa hactenus iuxta tria iuris noſtri obiecta exhibuimus remedia, quibus oſtendimus, *per indirectum* licere, quod *directo* alias eſt prohibitum. Nunc animus nobis eſt coronidis quaſi loco generale aliquod remedium adiicere, quod, vti multis negotiis ciuilibus eſt commune, ita etiam eius effectus eſt, vt ea, quae in ſe ſunt inualida, reddat, ſi accedat, deinde valida. Eſt autem illud nullum aliud, quam iuramentum, quod, ſi quis pignus fidei

et

et arrham nominet, non inepte nominauerit, cum teste CICERONE *lib. 3. de off. n. 104.* nulla res a maioribus efficacior sit excogitata, quam iurisiurandi religio. Equidem fateri nos oportet, magnum discrimen inter ius ciuile et canonicum hic intercedere. Iure enim ciu. Iuramentum actui isto iure inualido adiectum, illum non conualidat, siue iuramentum istud citra animae periculum, siue non, seruari possit, idque tum propter text. *in l. 5. §. 1. C. de LL. l. 112. §. 4. de legat. 1. l. 7. §. 16. ff. de pact.* tum etiam propter illud vulgatum, quod iuramentum reguletur secundum naturam actus, cui adiicitur, illiusque qualitates assumat *L. ult. C. de non num. pecun. l. 16. ff. qui satisd. cog.* GVTIER. *de iuram. confirm. P. 1. C. 37. num. 2.* MANTIC. *de tac. et ambig. conuent. L. 4. Tit. 32. n. 89.* TVSCH. *in Pr. Concl. Tom. 4. Lit. I. Concl. 506.* Exceptio tamen est in *auth. Sacramenta puberum C. si aduersus vendit.* ex quo textu Dd. probant, quod minor actum ipso iure ciuili inualidum possit mediante iuramento conualidare, ex ratione, quod iusiurandum ex minore faciat maiorem, in tantum, vt postea nec remedio nullitatis, nec beneficio restitutionis vti, sicuti etiam nec a iuramento absolui possit. CARPZOV. *p. 2. C. 11. D. 50.* GAIL. *l. 2. O. 41.* BRVNNEM. *ad d. auth. n. 10.* Quod autem Ius Canonic. concernit, patet ex *cap. 28. X. de iureiur.* et *cap. 2. de pact. in 6to.* quod Iusiurandum validet id, quod Iure ciuili est inualidum, et semper faciat valere actum, eo modo, quo valere potest. Nam iure canonico omnia iuramenta, quae neque in praeiudicium tertii redundant, neque in dispendium salutis aeternae vergunt, sunt seruanda, nisi 1) vi vel dolo sint extorta. *d. cap.* vel 2.) titulo ob defectum formae et substantialis solennitatis inualido adiecta SETS. *de iuram. l. 1. c. 25. n. 66. et 117. seqq.* et *lib. 2. c. 14.*

per tot. Quae ergo negotia Iure ciuili *directo* sunt inualida, ea Iure Canonico *per indirectum* mediante Iuramento possunt fieri valida.

§. XLVII.

Quibus suppositis, vt res fiat dilucidior, statim quaedam Exempla sumus subiecturi. Ita namque donatio filiof. facta *directo* alias et *regulariter*, vti supra deduximus, prohibita. *L. 1. §. 1. ff. pro donato*, accedente iuramento, plenum sortitur effectum. LAVTERB. *Comp. Iur. T. de donat.* GAIL. *L. 2. O. 38. n. 7.* vbi ad contraria respondendo recte simul asserit, quod in Spiritualibus nulla patriae potestatis habeatur ratio. Sic porro donatio inter virum et vxorem Iure Ciu. prohibita *l. 1. et 2. ff. de don. inter vir. et vxor.* iuramento corroboratur. GAIL. *d. l. O. 40.* MYNS. *C. 2. O. 33. n. 5.* Et donatio vltra 500. solidos, licet alias necessario insinuanda *§. 2. I. et l. 27. C. de donat.* interueniente iuramento, absque insinuatione redditur valida, siquidem iuramentum tollit defectum insinuationis a Lege requisitae, cum ea non principaliter in publ. vtilitatem, sed in fauorem certarum personarum sit introducta *arg. auth. Sacramenta C. si aduers. vend. c. 8. et 28. X. de iurei.* SETS. *d. l. L. 1. c. 25. n. 117.* Quae quidem opinio non vbiuis terrarum seruatur, praecipue in Iure Sax. El. vbi per *Dec. El. 26.* fuit reiecta PHIL. *ad. d. Dec. O. 1. iung.* CARPZ. *P. 2. C. 12. D. 1.* Aliis tamen in locis illam communiter receptam testatur GAIL. *d. l. O. 39. n. 13.* Porro expressum habetur exemplum in *cap. 2. de pact. in 6to* vbi pactum filiae renunciatiuum, quo dote contenta ab omni hereditate paterna se abdicat, quod Iure Ciu. improbatur, per Iuramentum efficitur validum vid. DN. STRYK. cum magno autor. alleg. numero in *tr. de success. ab intest. Dissert. 8. c. 10. §. 18. et 19.* Sic minus quoque

que dubii habet pactum legis commissoriae in pignoribus iure Ciu. et Can. alias improbatum, quin iuramento confirmari possit, *cap. 7. X. de pign.* STRVV. *Decis. Sabbath. c. 7. D. 7.* BRVNNEM. *ad l. f. C. de pact. pign.* Nec dissimile quid de iurata transactione, non solum super causa controuersa ex vltimis voluntatibus, quarum tenor nondum est cognitus, sed etiam super alimentis futuris testamento relictis dicendum, quae de Iur. Can. haud secus ac iuratus consensus mulieris alienationi super rebus dotalibus interpositus *cap. 28. X. de iureiur.* valet. ECKOLT. *ad ff. T. de fundo dot. §. 3. in f.* STRVV. *in S. I. C. Ex. 30. §. 21. in f.* ANT. GOMETZ. *L. 2. Resol. cap. 14. num. 27.* Sed quaeritur, vtrum et filiusf. SCti Maced. renunciationem de Iur. Ciu. alias inualidam, iuramento conualidare possit? Ita tenet non tantum DN. SAM. STRYK. *in Tr. de Caut. Contr. Sect. 2. cap. 1. §. 15.* vt proprerea hoc remedium inter cautelas referre motus fuerit, sed etiam CARPZOV. *D. 256.* nec non SETS. *de Iuram. L. 1. C. 13. n. 10.* Sed vereor vt haec sententia sine multarum obiectionum periculo defendi possit. Hinc cum non tam filiof. quam Patri, imo ipsi Reip. inferatur praeiudicium, quod tamen in quouis iuramento attendi debet, magis arridet opinio ARNOLD. VINNII *L. 1. qu. 15.* vti et nostri MENCKENII eundem *in Gymn. Pol. Disput. 6. §. 9.* secuti, qui tale iuramentum etiam de iure can. omni effectu destitui docent, quamuis filiusf. postea emancipatus, ad pactum hoc iuratum adimplendum ex naturali obligatione teneatur, non obst. Reg. Catoniana, quae nec ex postfacto ea conualescere permittit, quae ab initio non substitere. Praeterquam enim, quod haec regula exceptionem quoque in aliis patiatur, vti videre est in *§. 5. I. quibus mod. Ius Patr.*

Patr. pot. solu. et *L. 12. ff. qui test. fac. poss.* contractus ille mutui ab initio statim quoad naturalem obligationem filiumf. firmiter obligatum habuit, cui, si iuramentum accedit, ex hypothesi Iuris Can. eo in casu, quo nemo praeiudicium exinde sentit, omnino standum putamus.

§. XLIIX.

Et haec sunt, quae de *indirecti* licito hanc in chartam coniicere licet. Quamuis autem dubium non sit, pluribus exemplis thema nostrum illustrari potuisse, speciminis tamen loco haec pauca suppetere credimus, cum vel vnicum exemplum ad destruendam vniuersalitatem Regulae illius, cuius in §. XI. meminimus, sufficiens fuisset. Caeterum, vti summo Numini pro concessis viribus immortales grates persoluimus, illudque, vt et imposterum studiis nostris benedicere velit, submissis precibus rogamus: Ita ab aequo Lectore non nisi aequam censuram nobis promittimus.

T A N T V M.